

LA TRASGRESIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS



Presentado por:

FELIPE MUÑOZ MORALES

LAURA TATIANA GUTIÉRREZ ARCINIEGAS

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ CARO

UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

PEREIRA, RISARALDA

2017

LA TRASGRESIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS



Presentado por:

**FELIPE MUÑOZ MORALES
LAURA TATIANA GUTIÉRREZ ARCINIEGAS
CARLOS ANDRÉS GÓMEZ CARO**

Asesor Metodológico

Dr. DANIEL ALFONSO MORALES ZAPATA

UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL PEREIRA

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

PEREIRA, RISARALDA

2017

CONTENIDO

	Pág.
Introducción	5
1. Principio de planeación en la contratación estatal	6
2. El principio de la planeación en las normas de contratación pública	13
3. Evolución del concepto de planeación en la contratación. Cambio jurisprudencial	15
4. Errores en la contratación por falta de planeación	21
5. Algunos contratos estatales en los cuales se ha evidenciado la falta de planeación	23
Conclusiones	24
Bibliografía	26

LA TRASGRESIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

Por: FELIPE MUÑOZ MORALES¹

LAURA TATIANA GUTIÉRREZ ARCINIEGAS²

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ CARO³

RESUMEN

La planeación es un deber, pero ante todo uno de los elementos fundamentales establecidos en materia contractual estatal. Actualmente se puede decir que gran parte de la problemática que rodea la ejecución de las obras de infraestructura de carácter público en Colombia nace en la falta de planeación, la cual en la mayoría de entidades del Estado se concibe como una actividad de poca monta, al punto que se han creado formatos para simplemente llenar espacios en blanco, situación que aunque es creada con el fin de seguir parámetros de sistemas de calidad, en ocasiones genera argumentaciones sin rigor, con estudios previos superficiales en cuanto a su contenido, sin dar la importancia que se merece y sin analizar el estudio previo. En este documento se analiza la trasgresión a este principio y las consecuencias que trae para el contrato a partir del análisis de sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

Palabras clave

Principio, planeación, contratación.

¹ Egresado graduado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: abgfemu@hotmail.com

² Egresado graduado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: ltga89@gmail.com

³ Egresado graduado de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: carlosgomez15@gmail.com

ABSTRACT

Planning is a duty, but above all one of the fundamental elements established in state contractual matters. Most of the problems surrounding the execution of public infrastructure works in Colombia, is born in the lack of planning, which in most state entities conceives as a small-scale activity, created formats to simply fill in the blanks getting previous analysis with no issues, trivially in his content. This paper analyzes the transgression of this principle and the consequences that it brings for the procurement, starting with jurisprudence of the State Council.

Keywords:

Principle, planning, procurement.

INTRODUCCIÓN

En este escrito se analiza el principio de planeación como cimiento de la contratación pública, por ende es necesaria una revisión de las consecuencias que implica ignorar la planeación en la celebración de los contratos públicos.

En los problemas de la contratación se ha hecho evidente la falta de planeación de grandes obras civiles, entre ellas el Parque a las Aguas de Yopal, Casanare, el edificio de la EPS Risaralda, hoy en liquidación, y en el Túnel de La Línea se ha hecho evidente tal situación, además de las contingencias que un proyecto de semejante envergadura debe enfrentar.

El presente artículo de reflexión se realiza toda vez que uno de los inconvenientes más importantes en relación con la contratación estatal es la

demora en la ejecución de la entrega de la obra, la entrega del bien o en la prestación del servicio, así como las injustificadas prórrogas y adiciones que tanto acostumbran a suscribir las entidades públicas en la ejecución de los contratos.

La falta de planeación también en algunas ocasiones puede estar ligada o prestarse para actos de corrupción, pues adicionar en hasta el 50% los contratos por supuestos sobrecostos o por la falta de recursos para terminar de ejecutarlo debió haberse tenido en cuenta a momento de la planeación.

Para el buen desarrollo del tema se utilizan referencias provenientes de sentencias proferidas tanto por el Consejo de Estado como de doctrinantes expertos en la materia, que a partir de sus reflexiones plantean la importancia de la planeación como pilar de la formulación y ejecución de procesos contractuales satisfactorios por su transparencia, eficiencia y oportunidad.

1. PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Desde la perspectiva de lo estipulado en materia de obligaciones, en la Ley 80 de 1993 nace o se funda el principio de planeación. Bastaría dar un vistazo al artículo 25 numeral 12, para darse cuenta de la importancia de la planeación, sienta este tan solo una muestra de la práctica de dicho principio en la contratación pública.

En tal sentido vale la pena mencionar lo manifestado por el Honorable CONSEJO DE ESTADO (2015):

“En efecto, los contratos del Estado «deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la

improvisación ni de la mediocridad», razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación.

”Para cumplir con el principio de planeación deben observarse «parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia» puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado (...).

”(...) Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

”Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares «tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que (22) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones» (Sentencia de marzo 28 de 2012) y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que

estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato”.

De igual manera, al respecto el Consejo de Estado (2010) ha manifestado:

“La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas”.

El principio de planeación no está contemplado de manera expresa en la Ley 80 de 1993, ni en las disposiciones legales vigentes, sin embargo, en virtud del cumplimiento de los preceptos y principios de la contratación pública, es deber de todas las entidades tener un desempeño adecuado y lograr procedimientos que no vulneren el deber objetivo de selección; debe existir una verdadera planeación, un real análisis de la necesidad de la entidad, y una búsqueda eficaz de las maneras como la entidad puede satisfacer dicha necesidad para favorecer los intereses de la comunidad.

Así mismo nace el deber de acatar el principio de planeación por parte de los contratistas, pues son estos quienes apoyan a todas las entidades estatales para cumplir los fines del Estado, por lo tanto no pueden desconocer los deberes y obligaciones que han sido plasmados en la etapa precontractual, y que han sido aceptados por cada contratista, lo que se comprueba con la presentación de la propuesta en cada proceso de selección pública, teniendo la obligación de observar en la debida etapa del cronograma que ofrece esta posibilidad a todos los interesados en ser partícipes del proceso de

selección, siendo la oportunidad para manifestar a la entidad la falta de planeación en caso de presentarse, novedad que podrá ser subsanada.

De no ser acatadas las observaciones por la entidad estatal se debe abstener de postularse a ejecutar un contrato que sin lugar a dudas nace a la vida jurídica con errores que pueden traer consigo incluso la nulidad del contrato, o el incumplimiento en la ejecución del mismo.

En virtud del principio de planeación se deberá tener en cuenta todos los posibles factores que pueden influir en la eficiente y eficaz ejecución del contrato, como aquel en el cual la entidad para realizar una obra pública no tiene en cuenta la disponibilidad legal del inmueble que se pretende intervenir, lo que puede generar retrasos en la ejecución del mismo, situación que de igual manera deben prever quienes presenten propuestas, como el contratista al que se le adjudique el contrato, de lo contrario se estaría trasgrediendo el principio de planeación, ya que en virtud este debió haber hecho un análisis mediante el cual se identificara que con el plazo fijado no era posible cumplir con el objeto de dicha contratación.

Siendo así, las circunstancias en las cuales se desarrolla el proceso precontractual deben prever que el futuro contratista alcanzó a conocer de dichas circunstancias, porque también puede darse el caso que por las condiciones del negocio jurídico el contratista no alcance o no tenga forma alguna de conocer las omisiones en las que incurrió la entidad al momento de estructurar el estudio previo.

Cabe resaltar en este punto que el Honorable CONSEJO DE ESTADO (2015) ha dicho:

“En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que

puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”.

Del análisis de las disposiciones legales en materia contractual y de la jurisprudencia relacionadas con el título del presente artículo se deduce de manera clara los parámetros a los intervinientes en un proceso público para dar cumplimiento al principio de planeación, que consiste en realizar un juicioso y ponderado análisis de la necesidad, la manera por medio de la cual se pretende satisfacerla, el orden de los procedimientos y la aplicación del deber objetivo de selección, identificando por parte del legislador recientemente, en el Decreto 1082 de 2015, la descripción de las exigencias que buscan plasmar de manera objetiva la correcta elección del oferente que presente la mejor oferta para la entidad.

El principio de planeación está relacionado directamente con el principio de legalidad, el cual es un pilar dentro de la etapa previa en la formulación de los documentos que conforman la etapa precontractual en cada proceso de selección pública, siendo en ese preciso momento en el cual la legalidad se exterioriza a través de una correcta y transparente planeación.

El legislador introdujo más recientemente otra figura jurídica que hace evidente la carga para la entidad pública de realizar una verdadera planeación: el análisis del sector. Este documento busca que la entidad analice cuáles son las empresas que pueden proveerle el bien o servicio, cuál es su presencia en la región, cuáles son los indicadores financieros que maneja cada una de ellas, e históricamente cómo se ha contratado dicho bien o servicio.

Esta nueva figura jurídica lo que busca es prever un daño antijurídico cimentado en una planeación adecuada de la futura contratación. Si la entidad sabe cuál es el comportamiento en el mercado de las empresas que pueden ser proveedoras del bien o servicio requerido puede preverse de antemano si existe riesgo de incumplimiento, desequilibrio económico del contrato, cambio de condiciones etc.

Manifiesta el CONSEJO DE ESTADO (2013) en relación con el precio obtenido en el estudio previo para la realización de un proceso de selección lo siguiente:

“Ahora, en lo atinente al parámetro de oportunidad es bien sabido que este tiene relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato y con la duración de su ejecución ya que, en cuanto a lo primero, debe procederse a la celebración del negocio cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que la ejecución del objeto contractual se llevará a feliz término, se entregará en óptimas condiciones y, en cuanto a lo segundo, involucra la inmediata y eficiente prestación del servicio público y el precio real de las cosas o servicios que serán objeto del contrato.

”Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista”.

De lo anterior resulta claro que la duración del plazo de ejecución del objeto contractual está ligada de manera directa al precio o valor estimado de la contratación, y es que en algunos casos, como ocurre en los contratos de apoyo a la gestión o profesionales, obra pública y los de consultoría, el valor del objeto del contrato celebrado surge, entre otros elementos, desde el plazo de ejecución para que la entidad no asuma costos adicionales o innecesarios, sino por el contrario que se asuma un valor justo y real.

En ese sentido el CONSEJO DE ESTADO (2013) ha dicho lo siguiente:

“De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación (...)”.

Uno de los elementos que evidencia dificultades en cuanto al cumplimiento del principio de planificación es la gestión predial. En ocasiones se intervienen terrenos que la entidad considera son públicos o que podrán disponer de ellos para realizar una obra o intervención, ya por que sean áreas de cesión, áreas de uso público o bienes fiscales, y en el transcurso del proceso precontractual o incluso en la ejecución resultan envueltos en controversias relativas en las que no se había planificado la disponibilidad legal del predio, lo anterior a modo de ejemplo para ilustrar acerca de las múltiples consideraciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la planificación de los procesos contractuales.

En desarrollo de la principalística contenida en la Ley 80 de 1993 el legislador se ocupa de proponer conexidad con el principio de planeación. La Ley 1474 de 2011 retoma esa posición para exigir de la entidad, de interventores y supervisores el especial cuidado de preservación del principio de planeación, todo ello orientado a que la entidad pública cuente con plena seguridad acerca de la necesidad que se pretende satisfacer mediante la celebración del contrato.

La planeación como principio se hace evidente en cada una de las etapas precontractuales, especialmente en el momento de estructurar la etapa precontractual, siendo necesario considerarlo a través de todas las etapas. No solo en el estudio previo, análisis del sector, pliego de condiciones, se observa la necesidad imperiosa de una buena planeación, también en otras etapas se deduce su necesidad (GÓMEZ, 2012).

2. EL PRINCIPIO DE LA PLANEACIÓN EN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Ley 80 de 1993 no hizo referencia al principio de planeación, sin embargo fijó los principios que regirían el estatuto contractual y las actuaciones de las entidades públicas: principios como la economía, la eficacia y la transparencia permiten resaltar la categoría de primer nivel para poder cumplir con el objeto de cada contrato, los cuales deben estar presente en los componentes jurídicos, financieros y técnicos, que a su vez garantizan el bienestar general de la sociedad desde la selección objetiva del contratista, y el cumplimiento integral del objeto y alcances contractuales.

El contenido de los artículos 26 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 1150 de 2007 permite entrever que la apertura de un proceso de selección tiene una fase previa que debe ser elaborada de manera tal que no sea ambigua, incompleta, confusa o que conduzca a interpretaciones subjetivas, aludiendo

esto a una correcta planeación en la etapa previa a celebrar un contrato público, indicando que previamente a suscribir un contrato cualquier entidad pública debe conocer e identificar lo necesario, y la disponibilidad económica para poder asegurar que realmente el objeto del contrato podrá satisfacer la necesidad de la entidad.

Por su parte APONTE (2014) advierte lo siguiente:

“La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, eficiente y oportuna, de donde se colige el deber para la administración, de establecer objetivamente cuál es la necesidad y cómo dar solución a la misma. Esto pone en evidencia que la necesidad no se suple con la celebración del contrato, sino con el logro en condiciones de calidad y oportunidad del bien o servicio que se espera recibir, por lo que se estima que la planeación debe ser integral y dinámica para que abarque hasta ese momento” (en línea).

La estructuración de todo estudio previo debe tener en cuenta los riesgos del proceso, los previsible, imprevisible, mitigables a través de garantía, los asignados al contratista, los que recaen sobre la entidad. Para el tema de los previsible y mitigables con garantía se tiene en cuenta lo establecido por el Decreto 1082 de 2015 sobre el tema general de riesgos.

En ese mismo sentido la ya mencionada autora APONTE (2014), manifestó:

“Sobre el tema de riesgos, se cuenta como guía de trabajo con el Documento Conpes 3714 de 1° de diciembre de 2011 «Del riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública» y con el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, expedido por Colombia Compra Eficiente, que apoyan a la administración en el manejo del riesgo que puede surgir desde la etapa de planeación del negocio hasta la terminación del plazo pactado, la liquidación del contrato y el vencimiento de las garantías de calidad o la

disposición final del bien, dejando de lado no solo la tipificación, estimación y asignación del riesgo que pueda afectar el equilibrio económico del contrato, para adentrarse en el contexto de solución a la necesidad que se pretende satisfacer”.

A su vez la Ley 1474 de 2011 (art. 72), respecto a las funciones del programa presidencial de modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción, en el literal e aclara los elementos esenciales para cumplir con los preceptos que se tienen en cuenta en el control que pueden tener los ciudadanos en la administración de lo público y por ende de la contratación estatal, los cuales están ligados con la necesidad de conocer por los organismos de control y por parte de las veedurías ciudadanas que la estructuración de la etapa pre contractual se haya adelantado en virtud de la aplicación del principio de planeación.

Posteriormente el Decreto 1082 de 2015 no hizo referencia puntualmente al principio de planeación, sin embargo sí se encuentra implícito en los primeros capítulos, especialmente en los artículos sobre el plan anual de adquisiciones, estudios previos y análisis del sector, atendiendo el criterio de que todo acto debe ser planeado, de lo que se deduce la motivación que debe tener cada uno de ellos y su ajuste a las disposiciones ya mencionadas de la Ley 80 de 1993.

3. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN. CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Desde la emisión del estatuto contractual y aun antes, desde el Decreto 2170 expedido en el año 2002, se pensaba que la entidad pública era la única que debía aplicar el principio de planeación en la elaboración de la etapa previa. Si se revisa la legislación anterior a la Ley 80 de 1993, especialmente el Decreto enunciado, se encuentra cuáles son los elementos que debía contener el estudio previo.

Respecto al tema AMAYA (2016) manifestó:

“No obstante lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado recientemente ha proferido unas pocas sentencias (con ponencia del Dr. Orlando Santofimio Gamboa y salvamentos de voto del Dr. Enrique Gil Botero) en las cuales expone una posición completamente distinta a la decantada por años por dicha corporación, de lo cual es posible extraer los siguientes postulados:

”Que, a partir de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, comoquiera que los particulares contratistas del estado son colaboradores de la administración, se desprende que ellos también tienen deberes en el cumplimiento del principio de la planeación lo cual implica para el particular, no solo poner de presente a la entidad contratante las deficiencias en el cumplimiento de las normas sobre planeación sino, además, abstenerse de celebrar contratos en los cuales existan fallas en su planeación.

”Que, en razón a lo anterior, no podrá el contratista pretender el reconocimiento y pago de derechos económicos surgidos con ocasión de un contrato estatal celebrado y ejecutado con violación al principio de la planeación, por cuanto ello sería una «apropiación indebida de los recursos públicos».

”Que, el contrato celebrado con desconocimiento del principio de la planeación adolece de objeto ilícito, por cuanto se celebró en contravía a lo dispuesto por normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben ser adecuadamente planeados para la satisfacción del interés general (lo anterior se soporta en lo previsto en el artículo 1519 y 1741 del Código Civil, así como en las causales contenidas en los numerales 2° y 3° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993).

”Tal razonamiento expuesto en esas sentencias de abril y junio de 2013 plantea graves problemas de cara a la teoría jurídica del contrato estatal y de las cargas que se imponen al contratista. Ello precisamente así lo puso de presente el Dr. Gil Botero en su salvamento de voto a la Sentencia del 24 de abril de 2013 al indicar que la tesis adoptada en el fallo implica que el contratista se constituye en un garante del comportamiento de un tercero, es decir, de la administración pública, respecto de quien es exigible el cumplimiento del principio de la planeación y, en ese sentido, la consecuencia más gravosa para el contratista es que entra a responder por actuaciones de las cuales ni siquiera fue partícipe”.

Lo anterior es un claro ejemplo del cambio del concepto del principio de planeación respecto a la responsabilidad única que recaía en la entidad, pues es igualmente responsable el contratista al que se le adjudica el contrato; es deber del contratista realizar un estudio juicioso y responsable de los requisitos de los pliegos de condiciones y estudios previos que se tendrán como aceptados con la presentación de la propuesta, y confirmados en el momento de suscribir el respectivo contrato estatal.

En el año 2015 la Gobernación del Departamento de Risaralda construyó un tramo de cien metros de vía en concreto en el municipio de Pereira. Una vez terminados y recibidos los trabajos una persona presentó reclamación formal ante la gobernación, por cuanto según ella la pavimentación de la vía realizada por el contratista había quedado sobre una franja de terreno que presuntamente le pertenecía, aduciendo que antes de la pavimentación, entre una cancha que existe al lado de la vía y la vía destapada, tenía una franja de terreno de cinco metros de ancho remanente de una urbanización. En caso que la presunta propietaria interpusiera una reclamación administrativa o judicial probablemente generaría repercusiones presupuestales contra el ente departamental.

Ahora bien, la reciente posición del Honorable Consejo de Estado al hacer referencia a la también responsabilidad de los terceros (contratistas) puede traer consecuencias adversas a la contratación estatal, pues en múltiples ocasiones a empresas o personas naturales que se les ha sido adjudicado algún contrato, y que estos han aceptado de buena fe, han debido asumir costos por su propia cuenta y enfrentar responsabilidades por la falta de planeación de la entidad que convocó.

Así las cosas, de seguir determinando que los contratistas también tienen responsabilidad en la falta de planeación de los contratos estatales, puede traer un efecto adverso, pues grandes compañías que han prestado sus servicios o se han encargado de los suministros de manera responsable y transparente, perderán el interés en participar en los procesos de selección pública, siendo posible que prefieran evitar la responsabilidad por la falta de planeación de la entidad.

Es oportuno mencionar que poner en las mismas condiciones a los terceros en la responsabilidad de la trasgresión al principio de planeación ubica en una posición de inferioridad a los contratistas, pues estos tan solo cuentan con el tiempo establecido en el cronograma de actividades para poder identificar tales riesgos, mientras la entidad ha podido tomar meses en elaborar los términos de referencia del proceso de selección.

Vale la pena analizar si la falta de planeación afecta otro tipo de procesos diferentes a la obra pública. En el campo real se observa, por ejemplo, que entidades dedicadas a la enseñanza, algunas en campos de ciencia y tecnología, adquieren a través de procesos de selección pública como subastas inversas o invitaciones de mínima cuantía, elementos que no son contruidos en Colombia o que algunas de sus partes deben ser importadas, y colocan en sus estudios previos y pliegos de condiciones plazos comunes para contratos de suministro o de compraventa, plazos que oscilan entre 15 y

30 días, sin embargo se formulan estudios previos que no indagan sobre la disponibilidad en el mercado de estos elementos importados, y que a la postre siempre resultan en prórrogas del contrato con justificaciones que no consultan la realidad y que, en un caso extremo, de interventores o supervisores poco flexibles, podría desencadenar procesos de incumplimiento para el contratista basados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Es más, en la práctica esto resulta contradictorio cuando de todos los involucrados en procesos de selección es conocido que muchos problemas de falta de planeación se solucionan entre el contratista y el interventor cambiando ítems y cantidades nuevos no previstos, por ítem mal calculados o imprecisos, y de esto no queda evidencia en ninguna parte, legalizándose en las actas derivadas del contrato de obra.

Conforme a lo anterior, es claro que también los pronunciamientos del Consejo de Estado pueden generar inseguridad jurídica no solo para empresas o personas naturales nacionales, sino también empresas y personas naturales extranjeras, que no estarán dispuestas a correr riesgos tan altos como es la responsabilidad económica y financiera por la trasgresión del principio de planeación en que incurra cualquier entidad pública.

Al respecto el CONSEJO DE ESTADO (2010, 2016) ha advertido:

“El momento para exigir el cumplimiento de la carga de información precontractual que gravita sobre el proponente es, por excelencia, la etapa de formación del contrato, que en este caso corresponde a la licitación pública. Así pues, durante esta fase el proponente debe aportar la información requerida en debida forma por la Entidad contratante en los pliegos de condiciones, en desarrollo del principio de planeación. Sólo en la medida en que dicha información hubiere sido requerida en los pliegos le podría ser exigible a los proponentes y, en caso de su incumplimiento,

determinar consecuencias negativas en la calificación de sus propuestas, pues de lo contrario se desconocen los deberes de transparencia, lealtad y rectitud que impone el principio de la buena fe”.

“En conclusión, el principio de la planeación ha tenido un profundo desarrollo en el marco de la contratación estatal desde la expedición del Estatuto General de la Contratación con lo cual, en armonía con las disposiciones existentes desde la reforma constitucional de 1936 y las contenidas en la Constitución de 1991, se impusieron especiales obligaciones en cabeza de la administración pública tendientes a racionalizar los recursos públicos mediante una adecuada, planeada y organizada gestión administrativa”.

En este punto es posible plantear como excepción que cada caso debería ser individualmente considerado, ya que si esa falta de planeación es tan evidente, o por el mismo conocimiento del objeto contractual por parte del oferente, este debiera conocer o darse cuenta de la incoherencia, de la incongruencia o de la falta de planeación, punto en el que se considera podría ser inculcado, castigado o hacerlo solidariamente responsable de la falla en la planeación, en el entendido que se sometió a celebrar un contrato que a ciencia cierta sabía que no podía ejecutar, o que la ejecución se llevaría a cabo de manera ineficaz, o no se llevaría a cabo.

En el mismo sentido, respecto a la responsabilidad de terceros frente al principio de planeación, se debe tener en cuenta a RICO P. (2015), quien manifestó:

“Los pliegos de condiciones tienen dos momentos procesales. El primero, relativo al proyecto, que es un esbozo inicial formulado por la Entidad estatal y que es sometido a las observaciones de los potenciales interesados con el exclusivo propósito de lograr, no solo la efectiva participación ciudadana en su diseño, sino, y por sobre todo, para mejorar su contenido y redacción de manera que en etapas posteriores pueda

evitarse el surgimiento de diferencias negócias que entraben el normal desarrollo de la relación” (p. 337).

Lo anterior es otra muestra del cambio de criterio que se viene presentando en Colombia, pues cada día es más evidente que los terceros intervinientes tienen parte de responsabilidad en la aplicación del principio de planeación.

4. ERRORES EN LA CONTRATACIÓN POR FALTA DE PLANEACIÓN

Cada proceso de selección de pública demanda una debida y correcta planeación, a fin de establecer las etapas precontractual, contractual y pos contractual, así como los insumos, responsables, eventuales riesgos, producción de los diseños, presupuesto, estudios, planos, fichas técnicas, etc., que proporcionen y faciliten la presentación a las personas interesadas un criterio claro, justo, y determinado de la necesidad de la administración y las reglas que regirán para poder satisfacer dicha necesidad.

Respecto al principio en la celebración de los contratos estatales este se presenta como la pauta en la construcción del objeto contractual y del procedimiento para llegar al contrato.

El mencionado principio se construye coetáneo con los principios de transparencia y eficiencia, que garantizan que los interesados en el proceso conozcan todos los aspectos relevantes sobre el ya citado proceso, dando así cuenta de los objetivos que se formulan en la etapa precontractual, lo cual consistiría en que nada puede ser dejado a la improvisación, salvo las situaciones imprevistas que se presentan fundadas en los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. La planeación se entiende como el principal

ingrediente por todos los aspectos que envuelve y que se deben desarrollar a fin de poder cumplir, a cabalidad, los objetivos del contrato público.

Respecto al tema, de igual manera se tiene el siguiente concepto:

“El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia.

”El profesor ERNESTO MATALLANA (2009), analiza la relación que se surte entre los diferentes principios de la contratación estatal en Colombia y el principio de planeación, concluyendo que la ausencia de planeación genera que: El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae a todos los interesados que, si tuvieran la información cierta y completa, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia (MATALLANA, 2009, pp. 348-349)” (citado por AMAYA, 2016).

Como resultado de lo antes expresado se considera que el concepto del principio que es objeto del presente análisis no puede ser taxativo en lo preceptuado en la Ley, a copiar los elementos de un estudio previo y análisis del sector establecidos por el Decreto 1082 de 2015; el asunto debe ir más allá, la eficacia de lo planteado en la norma exige acciones concretas en la

contratación pública, un buen análisis de la necesidad, un buen estudio de la forma de satisfacerla, y la programación de una buena interventoría.

En la actualidad el problema de la falta de planeación va ligado a la corrupción; toda secretaría o entidad en la cual se realizan obras civiles públicas es “propiedad” de algún senador, diputado o concejal, y en algunos casos los estudios previos se hacen con información insuficiente adrede para acomodar la ejecución y así sacarle provecho al contrato, pero este es otro tema que ameritaría escribir otro tipo de documento.

5. ALGUNOS CONTRATOS ESTATALES EN LOS CUALES SE HA EVIDENCIADO LA FALTA DE PLANEACIÓN

El tema tratado se ha evidenciado en todas las latitudes. En el municipio de Pereira se presentó uno de los ejemplos más claros de la falta de planeación de un contrato de obra.

A continuación, se presenta una relación de casos relacionados con el asunto de estudio de manera descriptiva:

“El denominado elefante blanco de la Avenida Sur que es el edificio que sería sede de la EPS RISARALDA, en la parte baja junto al Diagnosticentro. Obra que se quedó inconclusa cuando fue intervenida ya que la misma estaba construida sobre la rivera de una quebrada en el sector de Cuba, rivera que era más baja que la misma y sobre la cual la quebrada de manera natural descargaba su exceso. Aún permanece allí este elefante que no es blanco sino gris a la vista de todos los transeúntes de la avenida sur en Pereira” (ARDILA C., 2017).

“A su vez, el municipio de Aguazul invirtió 6.653 millones de pesos en la construcción de la planta procesadora de yuca, proyecto sobredimensionado que no responde a las necesidades de la región y de la

comunidad. Pero también está la planta procesadora de yuca de Tauramena, donde se dilapidó una inversión de 2.053 millones de pesos y la planta procesadora de leche de Aguazul por 1.842 millones de pesos, que no opera por falta de materia prima en la región” (EL ESPECTADOR, 2009).

“Parque de las Aguas, ubicado en el municipio de Yopal-Casanare: en esta obra sin terminar, se han despilfarrado más de 10.300 millones de pesos. Se cumplió con todas las solemnidades precontractuales, salvo que el parque de las aguas no contaba con un suministro garantizado del vital líquido y su estado inconcluso ha sido causa de deterioro de la obra. Recuperarlo, terminarlo y ponerlo en funcionamiento puede equivaler a gastar una cifra el doble a la ya malgastada, pues el municipio de Yopal no cuenta con red de acueducto y alcantarillado y dicha circunstancia podría incidir negativamente en la funcionalidad del proyecto”

“Hospital de Yopal-Casanare: en esta obra se invirtieron más de 45.000 millones de pesos en la construcción civil. Todo sucedió como una serie de contratos hasta llegar al término de la obra que se vio frenada, cuando una vez terminada la construcción no podía operar el hospital porque no se contaba con dotación suficiente, la cual sumaba la misma cantidad astronómica que se invirtió en su construcción. Hoy opera en condiciones precarias ya que nunca ha tenido la dotación requerida para el tipo de hospital proyectado. Faltó sinergia y planeación pos contractual, ya que no era suficiente con construir el hospital, sino que también se necesitaba garantizar el presupuesto para su dotación y puesta en marcha teniendo en cuenta la sostenibilidad del proyecto; se debían contemplar los recursos para pagar los profesionales de la salud que demanda el servicio y además porque la población no cuenta con medios para costearlos (APONTE, 2014, p. 177).

Los anteriores son algunos de los muchos casos que se han encontrado en Colombia, que han servido como muestra de la falta de planeación y sus consecuencias perjudiciales cuando se trasgrede el principio.

CONCLUSIONES

El principio de planeación se ha constituido como principio fundamental en la contratación estatal en Colombia, el cual se encuentra implícito en las disposiciones legales y en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, que es el resultado de la aplicación de los demás principio que rigen el estatuto contractual vigente, los cuales buscan que la ejecución de los contratos públicos cumplan con los fines del Estado, que en realidad significa dar cabal y estricto cumplimiento a lo plasmado en un contrato hasta ver cumplida la meta, que es el objeto contractual, acorde con lo previsto, planeado y diseñado, que conforma lo pactado en el contrato.

La ausencia de planeación genera no solo problemas de procedimiento, sino que permite la corrupción y termina dejando obras inconclusas, ineficaces, que no cumplen con su objetivo, y en una gran cantidad de casos en obras, servicios o suministros de malísima calidad.

Debe tenerse presente que el principio de planeación es un conjunto de acciones técnicas, financieras, jurídicas, entre otros, que son necesarios en todas las etapas relacionadas con los contratos públicos.

El principio de planeación se encuentra inmerso más allá de la interpretación de las disposiciones legales constitucionales y de la jurisprudencia, pues no está relacionado con la forma del contrato sino con el fondo de este, el cual debe bordear los principios del derecho administrativo y del derecho civil y comercial, con un solo fin: cumplir con los fines del Estado, es decir con el interés público.

El principio de planeación es el conjunto del juicioso y ponderado trabajo que se realice en el análisis del sector, en los estudios previos, en la elaboración

del presupuesto, en el proyecto de pliego de condiciones y en todos los demás documentos que hacen parte de las etapas precontractuales, sin restarle la debida importancia a las demás etapas contractuales que, como bien se vislumbró, guarda relación con estos también.

En un país que se ve envuelto cada día en escándalos de corrupción relacionados con contratación pública se hace necesario que el legislador haga referencia a tan importante principio, buscando que se perfeccione el cumplimiento de este, salvaguardando el interés público y logrando que los recursos públicos se inviertan de una manera que garantice la finalidad que se busca con el objeto de cada contrato estatal.

BIBLIOGRAFÍA

AMAYA, L. (2016). “La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura”. En: *Revista: Nova et Vetera*. Vol. 2. N° 16. Junio. Bogotá: Universidad del Rosario.

AMAYA, R. C. (2016). “El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado”. En: *Revista VIA IURIS*. N° 20. Enero-junio. Bogotá: Fundación Universitaria Los Libertadores.

APONTE, D. I. (2014). “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N° 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1993). Ley 80. Por la cual por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2007). Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2011). Ley 1474. Por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

CONSEJO DE ESTADO (2009). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 29. C.P.: Mauricio Fajardo. Rad. 25-000-23-26-000-1992-07929-01 (16.103). Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO (2010). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 14. C.P.: Mauricio Fajardo. Rad. 250002331000 1993 9448 01 (16.432). Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO (2012). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de marzo 28. Exp. 22.471.

CONSEJO DE ESTADO (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de abril 24 C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO (2013). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de abril 24. Exp. 27.315.

CONSEJO DE ESTADO (2013). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de junio 13. Exp. 26637.

CONSEJO DE ESTADO (2014). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de febrero 26. Exp. 26.551.

CONSEJO DE ESTADO (2015). Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de noviembre 26. C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Rad. 41001-23-31-000-2007-00355-01 (51.362). Bogotá.

Constitución Política de Colombia (1991).

DIRECCIÓN DE PLANEACIÓN NACIONAL (2015). Decreto 1082. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

GÓMEZ, L. I. (2012): *El derecho de la contratación pública en Colombia. El control fiscal a la contratación*. Bogotá: Editorial Legis.

RICO, P. L. (2015). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá: Editorial Leyer.